

- Aspects sociaux de la gouvernance d'entreprise : un droit « dur » omniprésent

Revue Lamy droit des affaires, N° 117, 1er juillet 2016

Isabelle DESBARATS

Maître de conférences HDR, CDA, EJERIDD, Université Toulouse Capitole

Alors que les exigences de « bonne gouvernance » se font toujours plus aiguës en raison de comportements prégnants, telles des rémunérations excessives versées aux dirigeants (1), l'actualité législative traduit un souci de renforcement des outils destinés à concrétiser cet objectif, notamment en faveur d'une intégration accrue des préoccupations sociales : une tendance perceptible à deux égards et révélatrice des limites de l'autorégulation ou, tout au moins, de la nécessité de lui apporter un renfort légal. Tel est d'abord le cas du point de vue des modalités d'organisation des pouvoirs dans les sociétés, aujourd'hui caractérisées par une place croissante octroyée par la loi aux salariés et à leurs représentants dans le processus décisionnel (I). Tel est aussi le cas au regard d'une gestion plus efficace des risques dont dépend une conduite des affaires « responsable » : en atteste la thématique des lanceurs d'alerte, au cœur de l'actualité politique et juridique, au niveau national et européen (II).

Le législateur n'est cependant pas le seul à vouloir renforcer des modes d'action censés améliorer la gouvernance des organisations. Y contribue aussi le juge qui vient d'admettre la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir introduit contre des actes de droit souple dont l'attractivité est aussi réelle pour les personnes publiques que pour les entreprises privées (2) : un pas supplémentaire vers la clarification de leur place « *dans une chaîne de normativité graduée* » (3).

I. - Aujourd'hui : une nouvelle organisation des pouvoirs au nom d'une gouvernance d'entreprise « responsable »

À la question de savoir comment mieux associer les représentants du personnel aux choix stratégiques, c'est une réponse classique qui peut être apportée, dans les pas de ce qui constitue le modèle français des relations sociales, basé sur le formalisme de l'information-consultation du comité d'entreprise. Un tel modèle est perfectible, en témoignent les changements issus de la loi *Rebsamen* (4). Mais les élus du personnel n'ayant aucun rôle décisionnel dans l'ordre économique, loin s'en faut que ce modèle puisse réellement contribuer à une gouvernance d'entreprise responsable, à l'inverse de la reconnaissance d'administrateurs salariés : un changement de logique, proposé par les partenaires sociaux en 2013 et conforté en 2015.

Information-consultation : des limites du modèle français de relations sociales. Deux objectifs ont guidé l'action du législateur de 2015. D'abord, un *objectif d'adaptation des instances représentatives à la diversité des entreprises*, comme en témoigne leur regroupement possible selon deux modalités différentes en fonction des effectifs : plus (5) ou moins 300 salariés (6). Ensuite, un *objectif de rationalisation du dialogue social*, comme en

attestent le regroupement des négociations obligatoires (7) , et celui des 17 obligations annuelles de consultation du CE préexistantes en 3 consultations pérennes (8) .

Considérable au regard de la participation des salariés, l'impact de ces changements devrait être limité en terme d'amélioration de la gouvernance d'entreprise en raison du rôle circonscrit des élus du personnel, dépourvus de tout pouvoir décisionnel dans l'ordre économique. Ainsi est-on éloigné du modèle allemand de relations sociales caractérisé par un important niveau d'association des salariés, obtenu par deux biais : des pouvoirs étendus conférés aux comités d'établissement allant selon les cas d'une simple information à un droit de veto en passant par une consultation obligatoire ; une place importante octroyée aux représentants salariaux dans les instances dirigeantes.

En France, des changements sont cependant en cours, augurant d'une évolution du modèle national de gouvernance : les règles applicables aux administrateurs salariés illustrent le glissement d'une information-consultation formalisée à une association plus étroite des salariés aux décisions stratégiques.

Administrateurs salariés : la France dans le concert des nations ? « *Pour la qualité de la gouvernance d'entreprise et le bon fonctionnement des conseils d'administration, est-il souhaitable d'avoir des administrateurs salariés ?* » (9) . Si la question est débattue, un « modèle européen de gouvernance » émerge (10) , y compris en France. Alors qu'elle n'était que consultative ou facultative, la loi du 14 juin 2013 a prévu la présence obligatoire de représentants salariaux, avec voix délibérative, dans les instances dirigeantes de certaines entreprises : les entreprises ayant leur siège social en France et qui y employaient au moins 5 000 salariés ; celles ayant leur siège social en France et à l'étranger, tenues d'implanter un comité d'entreprise et qui employaient au moins 10 000 salariés à l'échelle mondiale.

Innovante, la loi présentait des faiblesses permettant à des groupes de « *contourner (l'obligation) au motif que leur holding (comptait) moins de 50 salariés* » (11) . Le législateur a donc décidé de modifier l'article L. 225-27-1 : « *ces holding "de tête" sont, sauf exception, également tenues de désigner des administrateurs salariés* » (12) . A aussi été réduit de 5 000 à 1 000 le seuil obligeant les entreprises à nommer ces administrateurs, passant de 10 000 à 5 000 pour celles ayant leur siège social à l'étranger.

Conséquences ? une étape notable en faveur d'un gouvernement d'entreprise plus « responsable » a été franchie par la loi *Rebsamen*, en accroissant le poids institutionnel des représentants des salariés : une évolution saluée par ceux qui y voient le moyen de limiter les risques de rémunérations « exorbitantes » (13) ou au contraire discutable pour d'autres, car s'inspirant d'un modèle de cogestion dépassé « *face aux nouvelles exigences de la gouvernance d'entreprise au niveau international* » (14) .

II. - Demain ? La montée en puissance des lanceurs d'alerte, au service d'une conduite des affaires « transparente »

La reconfiguration du dialogue social ne saurait, seule, concrétiser une conduite des affaires responsable, qui dépend aussi d'une prévention efficace des risques (de réputation, juridiques,...) : un enjeu au cœur de l'actualité avec les évolutions relatives à la protection des lanceurs d'alerte, dans un environnement complexe.

Un paysage juridique fragmenté. Alors que l'efficacité de leur action dépend de la teneur de leur protection, en France, les lanceurs d'alerte sont loin de bénéficier d'un environnement propice : entre 2007 et 2015, six lois ont été adoptées, complexifiant, de façon paradoxale, le régime des alertes : loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 (lutte contre la corruption) ; lois n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 et n° 2013-316 du 16 avril 2013 (risques graves pour la santé publique et l'environnement) ; loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 (prévention des conflits d'intérêts) ; loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 (prévention de crimes et de délits) ; loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 (renseignement).

En résulte un arsenal fourni mais jugé insuffisamment protecteur, dans un contexte marqué par l'adoption d'une directive sur le secret des affaires, certes destinée à protéger les entreprises contre l'espionnage économique et industriel, mais source d'appréhensions pour les lanceurs d'alerte (15) . En effet, retiré dans la loi *Macron*, le sujet a ressurgi au niveau européen « *au grand dam de certains élus, journalistes, lanceurs d'alerte, (...), échaudés par le scandale des "Panama papers"* » (16) : il est reproché au texte de rendre malaisées les enquêtes des journalistes et fragiles les dénonciations des lanceurs d'alerte malgré les exceptions prévues à l'article 5 : droit à la liberté d'expression et d'information ; révélation d'« *une faute, un comportement inapproprié ou une activité illégale* » dès lors que le lanceur agit « *dans le but de protéger l'intérêt public général* ». Des formules imprécises pour certains, laissant d'importantes marges de manœuvres aux États membres et instaurant en outre une inversion de la charge de la preuve (17) .

Voilà pourquoi certains eurodéputés souhaitent une directive spécifique aux lanceurs d'alerte : en France, cette protection devrait résulter du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dit *Sapin II*, adopté en première lecture par l'assemblée nationale le 9 juin 2016.

Vers une protection globale des lanceurs d'alerte ? alors qu'une proposition de loi envisageait en 2015 un statut protecteur des lanceurs d'alerte (18) , c'est le projet de loi *Sapin II* qui, reprenant certaines propositions faites par le Conseil d'État le 13 avril 2016 (19) , a finalement prévu un tel statut.

Ayant pour but de « *de mettre la France au niveau des meilleurs standards internationaux dans le domaine de la transparence, et de la lutte contre la corruption* », ce projet, enrichi par les amendements adoptés en commission des lois, se caractérise par la mise en place d'un régime de protection global et unifié des lanceurs : protection de l'anonymat, mesures contre les mesures de rétorsion et soutien financier en cas d'action en justice. Initialement limité aux faits de corruption et de trafic d'influence, le texte amendé définit désormais dans la lignée du Conseil de

l'Europe le lanceur d'alerte comme « *toute personne qui a connaissance de manquements graves à la loi ou au règlement, ou de faits porteurs de risques graves* ». Il a « *le droit de communiquer, dans l'intérêt général, les renseignements qui y sont relatifs* », mais doit agir « *de bonne foi, sans espoir d'avantage propre ni volonté de nuire à autrui* ». Dans ce cas, l'alerte pourra être donnée au sein de l'entreprise ou de l'administration concernée ou auprès d'interlocuteurs externes, voire être rendue publique. La responsabilité pénale du lanceur d'alerte de bonne foi ne pourra être engagée s'il dévoile des informations couvertes par le secret, hors secret de la défense nationale, secret médical ou secret entre l'avocat et son client, une proposition de loi ayant été par ailleurs déposée pour confier au Défenseur des droits la protection des lanceurs d'alerte (20) .

Des questions restent pendantes, telle la rémunération des lanceurs d'alerte. Mais deux avancées sont notables : la proposition d'une définition globale du lanceur d'alerte permettant de ne pas circonscrire le nouveau texte au seul champ de la finance ; la proposition d'une seule et même protection applicable en tous cas alors que, pour l'heure, les textes « *n'assurent pas une égalité de traitement à l'ensemble des lanceurs d'alerte* » (21) : indéniablement, des signaux forts en faveur de ceux-ci.

(1)

Voir la contribution de G. Jazottes.

(2)

CE, 21 mars 2016, n° 368082, 368083, 368084 ; CE, 21 mars 2016, n° 390023.

(3)

J. Richard, le droit souple : quelle efficacité, quelle légitimité, quelle normativité ?, interview <<http://www.dalloz-actualite.fr>>.

(4)

L. n° 2015-994, 17 août 2015.

(5)

D. n° 2016-346, 23 mars 2016, relatif à la composition et au fonctionnement de l'instance mentionnée à l'article L. 2391-1 du code du travail.

(6)

D. n° 2016-345, 23 mars 2016, relatif à la composition et au fonctionnement de la délégation unique du personnel.

(7)

C. trav., art. L. 2242-1.

(8)

C. trav., art. L. 2323-6.

(9)

D. Lebègue, les administrateurs salariés : un atout pour la gouvernance des entreprises françaises, IFA, 28 févr. 2006.

(10)

Administrateurs salariés, dialogue social et gouvernance d'entreprise (<<http://www.clesdusocial.com>>).

(11)

P. Lokiec, le dialogue social à l'épreuve de la loi *Rebsamen*. À propos de la loi n° 2015-994 du 17 août 2015, JCP G 2015, n° 990.

(12)

P. Lokiec, préc.

(13)

Loi *Rebsamen* : une réelle avancée sur les administrateurs salariés, 30 sept 2015 (<<http://cfecgc-santesocial.fr>>).

(14)

R. Lasserre, la cogestion allemande à l'épreuve de la globalisation, (<<http://rea.revues.org/index246.html>>).

(15)

Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 14 avril 2016 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2016/... du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

(16)

[<http://www.lemonde.fr/economie/>](http://www.lemonde.fr/economie/).

(17)

P. Durand ([<http://www.euractiv.fr />](http://www.euractiv.fr />)).

(18)

Proposition de loi n° 3607 relative à la protection globale des lanceurs d'alerte, présentée par Y. Galut.

(19)

Les études du Conseil d'État, « le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger ».

(20)

Proposition de loi organique (n° 3770), relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte.

(21)

Y. Galut, préc.
